

*Livros publicados nesta Coleção sob os auspícios da  
Sociedade Brasileira de Direito Público – sbdp*

*Parcerias Público-Privadas (sbdp/Direito GV/Malheiros Editores, São Paulo, 2ª ed., 2011) – Coord. CARLOS ARI SUNDFELD*

*Direito das Concessões de Serviço Público – Inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte Geral) (sbdp/Malheiros Editores, São Paulo, 2010) – EGON BOCKMANN MOREIRA*

*Concessão (sbdp/Malheiros Editores, São Paulo, 2010) – VERA MONTEIRO*

*Comentários à Lei de PPP – Fundamentos Econômico-Jurídicos (sbdp/Malheiros Editores, São Paulo, 1ª ed., 2ª tir., 2010) – MAURÍCIO PORTUGAL RIBEIRO e LUCAS NAVARRO PRADO*

*Estatuto da Cidade (sbdp/Malheiros Editores, São Paulo, 3ª ed., 2010) – Coords. ADÍLSON ABREU DALLARI e SÉRGIO FERRAZ*

*Jurisprudência Constitucional: como Decide o STF? (sbdp/Malheiros Editores, São Paulo, 2009) – Orgs. DIOGO R. COUTINHO e ADRIANA M. VOJVODIC*

*Direito Administrativo Econômico (sbdp/Malheiros Editores, São Paulo, 1ª ed., 3ª tir., 2006) – Coord. CARLOS ARI SUNDFELD*

*As Leis de Processo Administrativo – Lei Federal 9.784/1999 e Lei Paulista 10.177/1998 (sbdp/Malheiros Editores, São Paulo, 1ª ed., 2ª tir., 2006) – Coords. CARLOS ARI SUNDFELD e GUILLERMO ANDRÉS MUÑOZ*

*Direito Processual Público – A Fazenda Pública em Juízo (sbdp/Malheiros Editores, São Paulo, 1ª ed., 2ª tir., 2003) – Coords. CARLOS ARI SUNDFELD e CASSIO SCARPINELLA BUENO*

*Improbidade Administrativa – Questões Polêmicas e Atuais (sbdp/Malheiros Editores, São Paulo, 2ª ed., 2003) – Coords. CASSIO SCARPINELLA BUENO e PEDRO PAULO DE REZENDE PORTO FILHO*

*Comunidades Quilombolas: Direito à Terra (Artigo 68 do ADCT) (sbdp/Centro de Pesquisas Aplicadas/Fundação Cultural Palmares/Ministério da Cultura/Editora Abaré, Brasília, 2002) – Coord. CARLOS ARI SUNDFELD*

*Direito Global (sbdp/School of Global Law/Max Limonad, São Paulo, 1999) – Coords. CARLOS ARI SUNDFELD e OSCAR VILHENA VIEIRA*

**CARLOS ARI SUNDFELD**

*(Coordenador)*

## **PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS**

ADÍLSON ABREU DALLARI • BENEDICTO PORTO NETO • CARLOS ARI SUNDFELD  
DINORÁ ADELAIDE MUSETTI GROTTI • DIOGO ROSENTHAL COUTINHO  
EGON BOCKMANN MOREIRA • FERNANDO DIAS MENEZES DE ALMEIDA  
FERNANDO VERNALHA GUIMARÃES • FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO  
GUSTAVO HENRIQUE JUSTINO DE OLIVEIRA • JACINTHO ARRUDA CÂMARA  
JOSÉ ROBERTO PIMENTA OLIVEIRA • LETÍCIA QUEIROZ DE ANDRADE  
MARÇAL JUSTEN FILHO • MARIA NAZARÉ LINS BARBOSA  
MÁRIO ENGLER PINTO JÚNIOR • PAULO MODESTO  
RODRIGO PAGANI DE SOUZA • VERA MONTEIRO

*2ª edição*



**MALHEIROS  
EDITORES**



# PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

Coordenador: CARLOS ARI SUNDFELD

© SBDP

1ª edição, 1ª tiragem: 07.2005; 2ª tiragem: 08.2007.

ISBN: 978-85-392-0083-2

*Direitos reservados desta edição por  
MALHEIROS EDITORES LTDA.  
Rua Paes de Araújo, 29, conjunto 171  
CEP 04531-940 – São Paulo – SP  
Tel.: (11) 3078-7205  
Fax: (11) 3168-5495  
URL: [www.malheiroseditores.com.br](http://www.malheiroseditores.com.br)  
e-mail: [malheiroseditores@terra.com.br](mailto:malheiroseditores@terra.com.br)*

*Composição*  
Acqua Estúdio Gráfico Ltda.

*Capa*  
Criação: Vânia Lúcia Amato  
Arte: PC Editorial Ltda.

Impresso no Brasil  
Printed in Brazil  
08.2011

## SUMÁRIO

<i>Prefácio à 2ª edição</i> .....	13
CARLOS ARI SUNDFELD	
<i>Apresentação</i> .....	15
CARLOS ARI SUNDFELD	
<i>Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas</i> .....	17
CARLOS ARI SUNDFELD	
<i>Parcerias Público-Privadas: Relatos de Algumas Experiências Internacionais</i> .....	47
DIOGO ROSENTHAL COUTINHO	
<i>Legislação de Parceria Público-Privada no Brasil – Competência Legislativa em Matéria de Concessão</i> .....	82
VERA MONTEIRO	
<i>A Experiência das Licitações para Obras de Infraestrutura e a Lei de Parcerias Público-Privadas</i> .....	110
EGON BOCKMANN MOREIRA	
<i>Licitação para Contratação de Parceria Público-Privada</i> .....	138
BENEDICTO PORTO NETO	
<i>A Experiência Brasileira nas Concessões de Serviço Público e as Parcerias Público-Privadas</i> .....	157
JACINTHO ARRUDA CÂMARA	

#### 4. Conclusão

As novas regras instituídas para as licitações de PPPs são pertinentes e adequadas aos objetivos perseguidos pela nova modalidade contratual, e algumas delas podem ser, inclusive, aproveitadas para contratações com outros objetos, na dependência de lei que venha a acolhê-las para esse fim.

## A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA NAS CONCESSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO E AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

JACINTHO ARRUDA CÂMARA

*1. Introdução. 2. O modelo tradicional das concessões. 3. Diretrizes das PPPs (a filosofia PPP). 4. As concessões na Lei 8.987/1995. 5. Legislação setorial. 6. Campo de aplicação da Lei das PPPs.*

### 1. Introdução

O tema das *parcerias público-privadas* (PPP) provoca uma associação imediata com o regime das concessões de serviço público. De fato, quando se fala em parceria entre o Estado e a iniciativa privada, torna-se quase inevitável pensar em concessão.

Já faz muito tempo que as concessões são utilizadas pelo Estado como mecanismo para conseguir cooptar a participação de empreendedores privados no desenvolvimento de uma dada atividade, sem abrir mão do poder de intervir sobre ela. Como exemplo, basta lembrar de alguns dos serviços públicos que foram (e continuam sendo) desenvolvidos por particulares em regime de concessão pública: transporte ferroviário, portos, transporte aéreo de passageiros, energia elétrica, telecomunicações – entre outros.

Essa constatação pode gerar uma certa dúvida na compreensão da discussão – política, econômica e jurídica – que vem sendo travada sobre o tema em nosso país. Explicamos.

A Lei 11.079, de 30.12.2004, teve como escopo justamente o de disciplinar as chamadas “parcerias público-privadas (PPP)”. A edição da lei sobre o referido tema foi considerada ponto indispensável à

retomada do desenvolvimento do país. No discurso governamental, a falta de investimentos em infraestrutura seria superada com a implementação desse novo regime jurídico, baseado numa fórmula diferente de relacionamento entre o Poder Público e a iniciativa privada. A atual falta de poder de investimento do Estado seria resolvida por intermédio dessa nova fórmula de parceria, que atribuiria ao particular o ônus do financiamento no empreendimento público. Em troca, o investidor privado teria direito de receber uma dada contraprestação, do próprio Estado, ao longo de um período de exploração econômica do empreendimento (serviço ou obra pública).

Diante dessas características, uma primeira observação que costuma ser feita é a de que as PPPs, quando relacionadas ao tema dos *serviços públicos*, não representariam uma grande novidade. O modelo de transferência aos particulares do financiamento necessário à instalação de um serviço público já vem sendo adotado há muito tempo, no conhecido regime das concessões. A diferença que se apresenta, segundo essa linha de pensamento, seria singela: na nova legislação instituidora das PPPs a remuneração do investidor privado também seria feita diretamente pelo Estado, e não apenas pelos usuários do serviço (como ocorre, geralmente, nas concessões).

Seria apenas essa a inovação que se pretende estabelecer com o anunciado modelo contratual das PPPs? Acreditamos que não é apenas isso. Para enxergar as inovações, no entanto, é necessário primeiramente constatar uma ambiguidade que a expressão “parceria público-privada” carrega e que, no mais das vezes, não é percebida.

Quando se fala em PPP, no Brasil, é possível se deparar com dois significados distintos. Em alguns casos PPP quer designar uma nova *filosofia* de entabular relacionamentos entre o Poder Público e a iniciativa privada. Muda-se a forma de contratar; os papéis anteriormente consagrados para a atuação do Poder Público, de um lado, e dos particulares, de outro, são revistos, com o fito de se implementar um sistema de relacionamento (uma contratação) mais eficiente, com maior retorno ao interesse público. Noutros casos a sigla tem emprego mais conjuntural: restringe-se às alterações propostas na legislação brasileira por intermédio da Lei das PPPs.

A dubiedade ocorre porque as medidas introduzidas na *lei* não esgotam o que neste estudo vem sendo chamada de “filosofia PPP”. É

óbvio que a lei foi inspirada na noção que se tem – oriunda da Ciência da Administração – de reformulação no modelo de contratação estatal. Ou seja, a *lei* inspira-se na *filosofia PPP*. Todavia, com a lei não se quis editar sobre a matéria um novo regime jurídico, de abrangência geral. Outros instrumentos normativos de implementação desta *filosofia PPP*, que já existem na legislação em vigor, são preservados com a edição da lei nova. São exemplos desse arcabouço normativo que, de um certo modo, também encarna a noção de PPP a própria Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei 8.666/1993), a Lei Geral de Concessões (Lei 8.987/1995) e as diversas leis setoriais (como as leis que versam sobre serviços públicos específicos).

A aplicação da *filosofia PPP* em relação a serviços públicos, portanto, já pode ocorrer por intermédio de instrumentos jurídicos existentes (basicamente, a Lei 8.987/1995 e as leis setoriais). Noutra vertente, essa mesma tendência pode vir a ser incrementada por meio da nova lei (Lei das PPPs). Neste contexto, buscaremos, ao analisar a experiência brasileira nas concessões de serviço público, identificar aquilo que, atualmente, já encarna essa nova fórmula de relacionamento entre o Estado e a iniciativa privada, bem como apontar as novas perspectivas que, em relação aos serviços públicos, a aprovação da Lei das PPPs enseja.

Para evitar a ambiguidade identificada no uso da expressão “PPP”, esclarecemos que, a partir de então, sempre que o objetivo for se referir às mudanças legislativas introduzidas no Brasil, será feita referência à “Lei das PPPs”. Quando for empregada apenas a sigla “PPP”, o objetivo será o de designar a noção geral que denota a modificação nos padrões de relacionamento contratual entre o Poder Público e a iniciativa privada.

## 2. O modelo tradicional das concessões

A transferência do direito de explorar economicamente serviços públicos a particulares, por meio de concessões, já constituiu, por si só, uma grande evolução no modo de relacionamento entre o Estado e a iniciativa privada.

Com esse sistema o Estado reconhece que dada atividade é relevante para a sociedade e, por este motivo, exerce sobre ela uma forte

intervenção, assumindo o dever de assegurar sua existência (dever de continuidade dos serviços públicos). Não obstante o reconhecimento de seu caráter público, a prestação do serviço é transferida para particulares, que, em contrapartida, recebem o direito de explorá-lo economicamente (mediante a cobrança de tarifas dos usuários).

No regime mais tradicional das concessões o particular assume o serviço em nome próprio. Ou seja, passa a ser o responsável pelas ações realizadas na execução do empreendimento. Muito embora haja a assunção dessa responsabilidade por parte do concessionário e, conseqüentemente, de uma série de riscos que a ela são inerentes, não se pode dizer que o Estado tenha passado a ocupar uma posição secundária no que diz respeito à consecução do serviço. Ao contrário. As decisões centrais quanto à estruturação do serviço objeto de concessão são tomadas, nesse modelo tradicional, pelo poder concedente (Estado), e não pela concessionária.

É o poder concedente quem dita as principais regras da atividade a ser explorada. Normalmente, é o Estado que define o projeto a ser executado, também é o responsável por fixar as regras básicas de oferta do serviço, bem como suas condições operacionais, o cronograma de expansão do serviço – entre vários outros aspectos fundamentais da *gestão* do empreendimento. Ao concessionário cabe *executar*, do modo mais eficiente possível, as diretrizes fixadas pelo titular do serviço – ou seja, pelo Estado (poder concedente).

Separando, para efeitos didáticos, em duas categorias as atribuições inerentes à oferta de um empreendimento público (bem ou serviço), cabia ao Estado a responsabilidade pelas decisões estratégicas da *atividade*, enquanto o concessionário dirigia a *empresa* responsável pela implementação das diretrizes estatais.

A divisão de responsabilidade, até por uma questão de lógica, obedece à repartição de atribuições acima descrita. O Estado acaba assumindo o risco pela viabilidade do empreendimento. Isso tem uma razão de ser: o investimento a ser feito pelo particular recai sobre soluções determinadas pelo Estado, e, nesse contexto, passa a ter retorno assegurado por quem fixou um dado modelo de exploração econômica. Ao particular cabe a responsabilidade pela gestão de sua empresa. A ele é atribuído o risco por aquilo que se sujeita a suas deliberações, ou seja, lhe é reservada a responsabilidade sobre as ações

que são tomadas por decisão própria, e não por mera execução de determinação estatal.

Neste ambiente, o risco assumido pelo particular, mesmo tratando-se de contrato de concessão, era bastante reduzido.<sup>1</sup> A adoção desse modelo seguia uma equação bastante simples e compreensível: quanto maior a intervenção do Estado na definição do empreendimento a ser explorado (e normalmente era muito grande), menor seria a assunção de risco do empresário que implementaria as decisões estatais.

Para alguns, mais que uma opção estratégica assumida pelo Estado, esse modelo teria sido incorporado ao texto constitucional brasileiro. A constitucionalização da repartição de riscos entre concessionários e Estado teria ocorrido até a Constituição de 1969, que ainda previa expressamente a necessidade de fixação de *tarifas que remunerassem o capital investido pelo concessionário*.<sup>2</sup> Isto significaria dizer, seguindo essa linha, que o único risco a ser suportado pelo concessionário seria pela gestão de sua empresa. O Estado, por definição constitucional, haveria de assumir os riscos advindos da viabilidade

1. Não era raro que os contratos de concessão previassem a chamada “cláusula-ouro”, por intermédio da qual se assegurava o retorno do investimento realizado pelo concessionário, com base na indexação deste valor a um montante de ouro.

2. Cf. o texto constitucional de então: “Art. 167. A lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais, estabelecendo: (...) II – tarifas que permitam a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão dos serviços e assegurem o equilíbrio econômico e financeiro do contrato; (...)”. Textos semelhantes se encontravam nas Constituições de 1946 (parágrafo único do art. 151) e 1937 (art. 147). A Constituição de 1934, que primeiro tratou da matéria, também determinava a justa remuneração do concessionário, mas tinha dicção um tanto quanto diversa das posteriores, pois, ao contrário das outras, não previa a competência de intervir nas tarifas como uma forma de assegurar a remuneração do investidor privado, e sim como um meio de impedir o lucro abusivo do concessionário. Vale recordar a regra prevista na Constituição de 1934: “Art. 137. A lei federal regulará a fiscalização e a revisão das tarifas dos serviços explorados por concessão, ou delegação, para que, no interesse colectivo, os lucros dos concessionários, ou delegados, não excedam a justa retribuição do capital, que lhes permita atender normalmente às necessidades publicas de expansão e melhoramento desses serviços”.

A dicção atual da Constituição Federal é muito mais aberta que a anterior. A atual Constituição apenas prevê a edição de uma lei que disporá, entre outros assuntos referentes ao tema das concessões, sobre *política tarifária*, sem detalhar características do regime jurídico a ser implementado (art. 175, parágrafo único, III, da CF em vigor).

econômica do empreendimento em si (ou seja, do serviço ou da obra objeto da concessão).<sup>3</sup>

Esse sistema – constituindo, ou não, uma imposição da Constituição Federal – representava bem o modelo de atuação estatal que se buscava em relação aos serviços públicos (que era, basicamente, um modelo intervencionista). O Estado ou assumia ele próprio a função de prestar os serviços públicos à coletividade ou, quando menos, transferia a execução dessa tarefa a particulares, que a assumiam em regime de concessão, mas sem influir nas principais diretrizes da oferta do serviço em si, que continuavam sendo deliberadas pelo Estado (titular do serviço). Com a concessão tradicional o Estado basicamente transferia à iniciativa privada a gestão da empresa prestadora do serviço e o ônus do financiamento do empreendimento (quando a estrutura ainda precisa ser constituída ou ampliada); todavia, as decisões estratégicas continuavam sendo assumidas por ele próprio e, por isso, não se eximia dos riscos derivados dessa atribuição.

Quando se fala em “parceria público-privada” não se está, por certo, referindo apenas essa tradicional divisão de atribuições entre o Estado e particulares. Para ganhar uma conotação de autêntico PPP o

3. Era esse o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello: “No Brasil, a álea ordinária, ou seja, o único risco que o concessionário deve suportar sozinho, cinge-se aos casos em que o concessionário haja atuado canhestamente, procedendo com ineficiência ou imperícia. Isto porque o art. 167 da Carta Constitucional do país estatui que a lei disporá sobre o regime das concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais, assegurando, entre outros, ‘tarifas que permitam a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão dos serviços e assegurem o equilíbrio econômico e financeiro do contrato e fiscalização permanente e revisão periódica das tarifas, ainda que estipuladas em contrato anterior’. Ora, desde que o texto constitucional exige a adoção de tarifas que assegurem a *justa remuneração* do capital, impõe a *garantia do equilíbrio econômico e financeiro* e *requer a revisão periódica das tarifas*, está visto que sempre que ocorrer desequilíbrio na equação patrimonial – mesmo que derivado de oscilações de preços no mercado, insuficiência do número de usuários, ou de providências governamentais desempenhadas em nome de sua supremacia geral e sem relação com a posição jurídica de contratante que haja assumido – o poder concedente deverá restabelecer o equilíbrio através da revisão de tarifas, de modo não só a restaurar-lhe os termos de igualdade mas ainda com fito de assegurar a *justa retribuição* do capital. Em outras palavras, a Lei Magna impõe diretamente a adoção, nas concessões, do regime de serviço pelo custo, dando a garantia de uma margem fixa de lucro” (*Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta*, 2ª ed., 3ª tir., São Paulo, Ed. RT, 1987, pp. 47-48).

modelo negocial deve ser mais complexo, inclusive no que diz respeito à transferência de responsabilidades e riscos aos parceiros privados. Vejamos, pois, quais são as principais diretrizes desse novo modelo contratual conhecido como “parceria público-privada”. Ou seja, descreveremos, a seguir, as principais características do que foi aqui denominado de “filosofia PPP”.

### 3. Diretrizes das PPPs (a filosofia PPP)

A sigla “PPP”, como já foi dito, significa mais que a mera participação da iniciativa privada em ações de interesse do Poder Público (prática que, em si, não é nova). A expressão busca exprimir uma nova definição dos papéis desempenhados pelos citados personagens (Estado e particulares).

Em verdade, o surgimento do modelo PPP de contratação não pode ser visto como um fenômeno isolado. Referida mudança no padrão contratual está inserida no bojo de uma série de reformas implementadas na atuação do Estado nas últimas duas décadas. Privatização de empresas estatais, introdução da competição em serviços públicos, retirada do Estado da função de agente econômico, surgimento do “Estado regulador”, são tópicos desse processo de metamorfose que, sem prescindir de uma visão ideológica, se propõe a modernizar o Estado. Nas relações contratuais a modernização ocorreria com a adoção de um novo padrão de relacionamento entre o Poder Público e a iniciativa privada.

Esse novo padrão de relacionamento entre Estado e particular teve origem, conforme se tem em consenso, na Grã-Bretanha. Deriva do programa governamental denominado *Private Finance Initiative* (PFI), iniciado em 1992, no governo do Primeiro-Ministro John Major.<sup>4</sup>

4. Para o tema PFI, aprofundar em Jeffrey Goh, “Avances en la colaboración de los sectores público y privado para la provisión de dotaciones y servicios en el Reino Unido: el *Private Finance Initiative* y su régimen jurídico”, in Alberto Ruiz Ojeda, Gérard Marcou e Jeffrey Goh, *La Participación del Sector Privado en la Financiación de Infraestructuras y Equipamientos Públicos: Francia, Reino Unido y España (Elementos Comparativos para un Debate)*, Madri, Civitas e Instituto de Estudios Económicos, 2000, pp. 95-132.



Com a PFI buscava-se, basicamente, alcançar três principais objetivos: (a) emprego efetivo das técnicas de gestão privada no empreendimento público, fazendo com que os particulares assumissem de fato o controle do projeto a ser implementado; (b) transferência dos riscos econômicos do projeto para o particular (que, frise-se, também assumiria o ônus de sua elaboração); e (c) obtenção de maior eficiência na aplicação dos recursos econômicos e financeiros necessários à realização do empreendimento público (o que, na denominação inglesa, resume-se na expressão *value for money*).

Tais objetivos estão claramente expostos na declaração dos princípios inspiradores da PFI, elaborado pelo Governo Britânico (*Setting New Standards*, Anexos 2.15/2.16): “Os distintos Departamentos levarão em consideração as opções de financiamento privado para seus projetos de investimento sempre que seja possível transferir ao setor privado o controle do projeto e os riscos associados, desde que isso não suponha um custo desproporcional. Muitos projetos do Governo passarão por esta prova e, por consequência, se formularão convites para a apresentação de propostas de financiamento privado. Quando forem recebidas essas propostas, serão tratadas como qualquer outra forma de obtenção de financiamento e avaliadas com base no critério *value for money*, tendo em conta os custos e benefícios de transferir os riscos e a responsabilidade da gestão ao setor privado”.<sup>5</sup>

No final da década de 90 do século passado o Governo Britânico – já sob a administração do trabalhista Tony Blair – promoveu alterações no modelo PFI. Constatou-se a necessidade de equilibrar a participação privada com a pública, de modo a que o particular não fosse mais o único responsável pelo projeto – vale dizer, admitindo-se que o Poder Público também assumisse parcela dos riscos oriundos do projeto. Sem desprezar a participação da iniciativa privada na elaboração dos projetos, tampouco a eximindo de arcar com os riscos que eles tragam, passou-se a formular contratos em que o Poder Público também assumisse uma parcela da responsabilidade. Com o ajuste, o

5. *Apud* Jeffrey Goh, “Avances en la colaboración de los sectores público y privado para la provisión de dotaciones y servicios en el Reino Unido: el *Private Finance Initiative* y su régimen jurídico”, cit., in Alberto Ruiz Ojeda, Gérard Marcou e Jeffrey Goh, *La Participación del Sector Privado en la Financiación de Infraestructuras y Equipamientos Públicos: Francia, Reino Unido y España (Elementos Comparativos para un Debate)*, p. 100.

modelo de contratação mereceu uma nova terminologia. Saiu a PFI, entrou a PPP, a *public-private partnership*.<sup>6</sup>

O surgimento dessas novas fórmulas de gestão pública (PFI ou PPP), todavia, não significou a exclusão das demais maneiras de a Administração contratar. Não houve adoção plena desses novos métodos em qualquer parte do mundo, nem mesmo na Inglaterra (país tido como formulador da novidade). O modelo PPP apareceu, portanto, como uma alternativa, isto é, como mais um instrumento posto à disposição do administrador público, a ser implementado de acordo com as características próprias de cada projeto.

É diante desse contexto que a experiência brasileira deve ser confrontada com a referida *filosofia PPP*.

Nem tudo que se experimentou ultimamente em termos de participação privada na prestação de serviços públicos pode ser considerado exemplo de aplicação do modelo contratual em exame. Não são raros os segmentos de serviços públicos que permanecem sob um esquema de concessão mais tradicional, em que o Estado assume praticamente a gestão do empreendimento, sobrando ao empresário a gestão de sua empresa (concessionária) e os riscos que a essa atividade restrita são inerentes. A edição da Lei das PPPs não mudará esta realidade. Isto é, mesmo com a lei, determinados serviços serão delegados a particulares por meio de mecanismos tradicionais de relacionamento entre o Poder Público e a iniciativa privada.

De outro lado, é necessário também apontar que a legislação brasileira, mesmo antes da edição da Lei das PPPs, já contava com instrumentos capazes de viabilizar a aplicação concreta da *filosofia PPP*. É possível encontrar exemplos desses dispositivos na Lei Geral de Concessões, editada em 1995, bem como em diversas leis específicas que vieram a disciplinar serviços públicos de competência federal. A Lei das PPPs haverá de encontrar aplicabilidade em meio a essa legislação que já existia e que não foi revogada. Passaremos, pois, a delimitar a abrangência de cada um desses sistemas jurídicos, expondo como os diversos serviços públicos lhes são submetidos.

6. Para uma exposição de motivos acerca da evolução do modelo de contratação inglês, v. *Public-Private Partnerships – The Government's Approach*, Londres, The Stationery Office, 2000.

#### 4. As concessões na Lei 8.987/1995

Quando na Inglaterra se buscava implementar o modelo PFI de contratação, aqui no Brasil, seguindo a mesma tendência de redução do papel do Estado como agente econômico, editava-se uma lei geral para disciplinar as concessões e permissões de serviços públicos. Era a Lei 8.987, de 13.1.1995.<sup>7</sup> Pela primeira vez no país fora editada uma lei geral para disciplinar o regime jurídico das concessões de serviços públicos. Até então as concessões eram disciplinadas de modo segmentado, variando em relação do serviço público ou da unidade da Federação em que era aplicada.

O meio jurídico nacional, num primeiro momento, realizou a análise da Lei 8.987/1995 com base em parâmetros anacrônicos – ou seja, buscou compreender a extensão da lei com base numa visão tradicional a respeito do instituto das concessões. Buscou-se, antes de qualquer coisa, aferir o enquadramento dos novos dispositivos legais às lições doutrinárias até então conhecidas, e que eram (e continuam sendo) fortemente inspiradas na doutrina francesa do início do século XX. Ou seja, não se procedeu à aproximação de alguns conceitos da lei com o que de mais moderno se propunha como alteração no modelo de relacionamento entre o Estado e a iniciativa privada (com grande influência britânica). E essa identificação era necessária.

A Lei 8.987/1995 não produziu uma ruptura absoluta com o modelo tradicional das concessões. Realmente, isso não ocorreu. Deveras, mesmo após sua edição é possível identificar serviços que permaneceram merecedores de fórmulas conservadoras de pactuar.<sup>8</sup> Todavia,

7. A autoria do projeto de lei que deu origem à Lei de Concessões foi do então senador Fernando Henrique Cardoso. O mesmo que, já Presidente da República, sancionou-a, em janeiro/1995.

8. Tomem-se como exemplo os serviços de transporte coletivo municipal. De um modo geral os contratos de concessão (ou permissão) preveem uma grande concentração de atribuições ao próprio poder concedente. É o Município que estipula as linhas, o número de ônibus por linha, com que frequência os ônibus devem atender aos pontos, quais os equipamentos obrigatórios, e assim por diante. Ao concessionário cabe tão somente administrar sua empresa, pois o modelo de prestação de serviço é todo concebido pelo Poder Público. Nesse contexto, o risco contratualmente assumido pelos empresários tende a ser reduzido. Envolve basicamente o risco referente à administração de sua empresa. Sequer a variação no preço dos insumos afeta, ordinariamente, a margem de lucro pactuada inicialmente, uma vez que a maioria dos contratos adota como fórmula de reajuste a apreciação de planilhas de custos das em-

em várias passagens da lei é possível identificar a influência da nova filosofia de contratação que vinha sendo aplicada na Europa.

Vejam os elementos conceituais da *filosofia PPP* que já foram incorporados no nosso ordenamento desde a Lei 8.987/1995.

Um dos mais evidentes está no tratamento legislativo conferido ao risco assumido pelo concessionário. Em contraponto ao modelo vigente até a Constituição de 1988, em que se assegurava a justa remuneração do investimento, a lei deixou marcado que, nas concessões, o concessionário assumia o empreendimento “por sua conta e risco”.<sup>9</sup> Mais. O legislador chegou a afirmar que, estando mantidas as condições contratuais, haveria de se considerar como respeitado o equilíbrio econômico-financeiro do contrato (o que pode se interpretar como uma transferência, ao concessionário, dos riscos alheios ao contrato).<sup>10</sup>

De qualquer modo, ainda caberia ao contrato, ou à regulamentação aplicável ao serviço objeto de concessão, fixar uma divisão de riscos entre poder concedente e empresa concessionária. Em alguns casos – como ocorre no já referido exemplo do serviço de transporte coletivo – os riscos do concessionário praticamente se limitam à gestão de sua empresa.

Noutros setores a transferência de risco foi consideravelmente maior. Tome-se o exemplo da telefonia celular, que no início foi objeto de delegação com base na Lei de Concessões (Lei 8.987/1995). A regulamentação aplicável previa ampla liberdade para as concessionárias implantarem suas redes de telecomunicações. A estratégia de atuação no mercado e mesmo o padrão tecnológico a adotar eram temas assumidos pelas próprias empresas. Também havia o risco pela demanda pelo serviço. Num ambiente em que se introduzia a competição, o poder concedente não se comprometia com a demanda de

presas. Trata-se, portanto, de sistema bem distante da formulação designada como PFI ou mesmo uma PPP.

9. Esta noção veio encartada na própria definição legal de *concessão*. Confira-se: “Art. 2º. Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se: (...) II – concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, *por sua conta e risco* e por prazo determinado; (...)”.

10. Esta outra disposição está prevista no art. 10 da Lei 8.987/1995. Veja-se: “Sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro”.



usuários pelo serviço delegado. Esse era um risco assumido pelo concessionário, que poderia, ou não, conquistar o número necessário de clientes para amortizar seus investimentos. Assim, analisando os contratos de concessão de telefonia celular, é possível identificar uma forte influência da nova filosofia de contratação. Neste caso houve, indiscutivelmente, a transferência de responsabilidades de gestão do empreendimento, bem como de riscos que lhe são inerentes, para a empresa concessionária. E isto tudo foi implantado com arrimo na Lei de Concessões em vigor desde 1995.

Outro ponto de aproximação entre a Lei de Concessões e a *filosofia PPP* está na previsão de projetos associados à prestação do serviço ou exploração da obra. A união de projetos privados ao empreendimento público, objeto de delegação a particular, é, sem dúvida, uma das principais marcas dos projetos de PPP. Seria o caso, por exemplo, da cessão de área para a construção de um hospital público e, paralelamente, a autorização para a realização de empreendimentos imobiliários outros, de índole privada (como hotéis, prédios de consultórios etc.) em parte do imóvel público. Também ilustra bem esse tipo de parceria a utilização de áreas lindeiras à estrutura rodoviária (estradas ou pontes) para a realização desses empreendimentos imobiliários. A exploração privada desses projetos configuraria, no modelo de PPP, fonte de receita para o financiamento do empreendimento tipicamente público. Ou seja, seria realizado um subsídio cruzado entre os projetos, de modo a que a exploração de projetos paralelos, de índole privada, servisse para viabilizar o desenvolvimento da atividade tipicamente pública. Esse modelo foi expressamente encartado na Lei 8.987/1995,<sup>11</sup> ganhando aplicação evidente nos empreendimentos relativos à exploração de rodovias.<sup>12</sup>

11. Cf. o dispositivo legal que tratou da matéria:

“Art. 11. No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no art. 17 desta Lei.

“Parágrafo único. As fontes de receita previstas neste artigo serão obrigatoriamente consideradas para a aferição do inicial equilíbrio econômico-financeiro do contrato.”

12. Sobre concessões de rodovias e PPPs, v. artigo da professora Leticia Queiroz de Andrade (“A Experiência Brasileira nas Concessões de Rodovias”), integrante desta obra.

Também é oportuno destacar a abertura que a lei proporciona à participação da iniciativa privada na propositura de soluções para o serviço a ser licitado. Frise-se que esse elemento é fundamental na caracterização de uma PPP. De fato, nessa fórmula de atuação conjunta entre o Poder Público e a iniciativa privada propõe-se a participação dos particulares inclusive na formulação de projetos e na definição de soluções para a realização de empreendimentos públicos. Ao Estado caberia apenas apontar as finalidades buscadas e avaliar a solução mais adequada ao interesse público.

Pois bem. Na legislação geral de concessões proporcionou-se abertura para tanto. Uma delas está na admissão de critérios técnicos de julgamento da licitação. Dependendo da previsão editalícia, a avaliação técnica das propostas pode considerar justamente a solução que o licitante ofereça para a execução de determinada obra ou a prestação de um serviço. Ou seja, a lei admite que a concessão seja entregue àquele que ofereça a melhor solução técnica para a prestação de um dado serviço público.<sup>13</sup>

Além disso, a legislação sobre concessões alterou uma regra geral do procedimento de licitações adotado no país, segundo a qual o responsável pela elaboração do projeto a ser licitado não pode participar de sua execução.<sup>14</sup> A Lei 9.074, de 7.7.1995, editada em complementação à Lei 8.987/1995, para disciplinar o regime geral das concessões, autorizou expressamente que o autor do projeto pudesse participar de licitações para concessões ou permissões de obra ou serviço público.<sup>15</sup>

13. A Lei 8.987/1995 admite, inclusive, o julgamento realizado com base exclusivamente em critério técnico, desde que o valor da tarifa seja fixado no edital (art. 15, IV). Além de isoladamente, a técnica pode ser empregada, como critério de julgamento, conjugada com outros fatores, como o menor valor da tarifa (art. 15, V) ou o maior valor ofertado pela outorga da concessão (art. 15, VI).

14. A vedação consta da Lei de Licitações (Lei 8.666, de 21.6.1993). Confira-se: “Art. 9º. Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários: I – o autor do projeto, básico ou executivo, pessoa física ou jurídica; (...)”.

15. É o que dispõe o art. 31 da Lei 9.074/1995: “Nas licitações para concessão e permissão de serviços públicos ou uso de bem público, os autores ou responsáveis economicamente pelos projetos básico ou executivo podem participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obras ou serviços”.

O acima exposto demonstra que a *filosofia PPP* já poderia – e pode – ser implementada com base na Lei Geral de Concessões, editada há 10 anos. De fato, ela já o foi em relação a determinados empreendimentos públicos (concessões de serviços públicos ou obras públicas) mesmo que, à época, não fosse empregado o rótulo “PPP” em tais contratações. Esse mesmo fenômeno também pode ser identificado em relação à legislação setorial, isto é, à legislação aplicável especificamente a determinados serviços públicos. É o que veremos a seguir.

### 5. Legislação setorial

Seria incorreto supor que a experiência brasileira em concessões de serviços públicos seja pautada por um único regime jurídico, de caráter geral. Muito antes da edição da Lei de Concessões essa figura contratual já era empregada pela Administração Pública. Mesmo a edição da lei geral não foi suficiente para ensejar a aplicação, no país, de um único modelo de delegação de serviços públicos a particulares.

É em relação aos serviços públicos de titularidade da União – que podem ser objeto de legislação federal específica – que se nota a existência de regimes jurídicos peculiares de delegação de serviços públicos a particulares. São fórmulas específicas de contratação que, em virtude das características de cada setor, trouxeram regras próprias para disciplinar o relacionamento entre o Poder Público e os particulares que assumissem o desempenho dessas atividades estatais. Veremos, a título de exemplo, alguns dos setores que se submetem a um regime jurídico próprio de parceria entre o Poder Público e a iniciativa privada.

O setor que, no Brasil, foi o primeiro a experimentar a influência do novo modelo de parceria entre o público e o privado em sua regulação foi o portuário. Antes mesmo da edição da Lei Geral de Concessões (que é de janeiro/1995) surgiu uma lei disciplinando o regime jurídico da exploração dos portos organizados e das instalações portuárias. Trata-se da Lei 8.630, de 25.2.1993. A lei prevê uma ampla abertura para a participação do setor privado na construção da infraestrutura necessária à ampliação dos portos no país, bem como em sua exploração econômica.

O principal instrumento jurídico para a participação privada nesse setor é o “contrato de arrendamento”.<sup>16</sup> Por seu intermédio é assegurado ao interessado obter o direito de construir, reformar, ampliar, melhorar, arrendar e explorar uma dada instalação portuária. A Lei de Portos também traz importante regra que admite que interessados apresentem projetos à Administração dos Portos Organizados, a fim de que seja aberta a respectiva licitação.<sup>17</sup> Trata-se de uma clara influência da filosofia de participação privada nos empreendimentos públicos, na medida em que se aceita a propositura de projetos por particulares e não se reserva essa função exclusivamente à Administração Pública.

O setor elétrico, muito embora siga a legislação geral no que diz respeito a boa parte do regime jurídico dos contratos de concessão, constitui outro exemplo de serviço público que possui fórmulas específicas de contar com a participação privada. Com o objetivo de fomentar a criação de um mercado competitivo no setor elétrico, foi introduzida na legislação geral a figura do *produtor independente* de energia elétrica.<sup>18</sup> Tal agente de mercado, seja por intermédio de concessão de serviço ou de autorização, recebe maior liberdade de atuação empresarial, assumindo, conseqüentemente, os riscos inerentes a essa responsabilidade. A criação de um mercado competitivo e a abertura para a participação de agentes econômicos com maior liberdade de atuação no mercado (os produtores independentes) são fatores que fazem do setor elétrico outro campo específico de regulação no que se refere a parcerias entre o Poder Público e a iniciativa privada.

16. A Lei de Portos também prevê a figura da concessão. Porém, no caso específico do setor portuário a concessão não se destina a conferir à iniciativa privada a possibilidade de exploração econômica de um serviço ou infraestrutura pública. Nesse setor a concessão serve para delegar a função regulatória a se exercer sobre um determinado porto organizado. É o que dispõe o art. 33 da referida lei: “A Administração do Porto é exercida diretamente pela União ou pela entidade concessionária do porto organizado”. Atualmente essas concessionárias são empresas estatais, controladas pela própria União ou por Estado-membro. Para uma listagem dos principais portos em atividade no Brasil e das empresas que os administram, consultar <http://www.antaq.gov.br/PortalPortos/PrincipaisPortos.htm>.

17. É o que dispõe o art. 5º da Lei de Portos: “O interessado na construção e exploração de instalação portuária dentro dos limites da área do porto organizado deve requerer à Administração do Porto a abertura da respectiva licitação”.

18. O *produtor independente* de energia elétrica foi introduzido no setor por intermédio da Lei 9.074, de 7.7.1995.

Outro exemplo marcante de regime autônomo estabelecido para disciplinar parcerias entre o Poder Público e a iniciativa privada, no Direito Brasileiro, vem do setor de telecomunicações. A Lei Geral de Telecomunicações – Lei 9.472, de 17.7.1997 – criou um regime jurídico próprio para este segmento da economia. De modo expresse, afastou dos serviços de telecomunicações a incidência da Lei de Concessões (Lei 8.987/1995) e até da Lei de Licitações (Lei 8.666/1993), aplicáveis aos serviços públicos em geral.<sup>19</sup> Ou seja, a Lei Geral de Telecomunicações reservou para si a atribuição de dispor sobre o regime jurídico aplicável às telecomunicações.

O marco regulatório das telecomunicações inovou ao adotar técnicas de disciplina do livre mercado em matéria de serviço público. Com isso, abriu a possibilidade de participação privada em serviço de titularidade estatal de uma maneira ainda não experimentada no Direito Brasileiro. A principal ferramenta jurídica para implementar a referida mudança foi a de separar dois grandes grupos de serviços de telecomunicações, divididos com base no critério do regime jurídico a eles aplicável. De um lado figuram os serviços de telecomunicações explorados em regime público. De outro os que se submetem a um regime jurídico de direito privado.<sup>20</sup>

Comparativamente, é na categoria dos serviços explorados em regime público que se percebe uma maior intervenção estatal. Cabe ao Poder Público (por intermédio de decreto expedido pelo presidente da República) editar um plano com as principais definições quanto à fórmula de exploração dos serviços em regime público (o chamado “plano geral de outorgas”), bem como estabelecer as metas de universalização a serem atingidas pelas empresas incumbidas de prestar serviços em tal regime – para citar apenas dois exemplos marcantes de intervenção estatal nesse campo.<sup>21</sup> Todavia, o modelo de explora-

19. Cf. o teor do art. 210 da Lei Geral de Telecomunicações: “As concessões, permissões e autorizações de serviço de telecomunicações e de uso de radiofrequência e as respectivas licitações regem-se exclusivamente por esta Lei, a elas não se aplicando as Leis n. 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, 9.074, de 7 de julho de 1995, e suas alterações”.

20. As categorias foram estabelecidas no art. 63 da Lei Geral de Telecomunicações: “Quanto ao regime jurídico de sua prestação, os serviços de telecomunicações classificam-se em públicos e privados”.

21. Art. 18, II e III, c/c os arts. 80 e 84, da Lei Geral de Telecomunicações.

ção concebido para esses serviços, explorados em regime público, difere muito do que tradicionalmente se encontra. Explora-se o serviço mediante concessão do Poder Público, mas o regime jurídico implantado é muito mais aberto à participação privada que aquele tradicionalmente praticado. Vejamos alguns elementos que identificam essa modernização do modelo. A intervenção estatal na definição do modelo de prestação dos serviços explorados em regime público é marcada pela fixação de metas. Em regra, a regulamentação confere ao particular a liberdade de escolher o meio adequado para atingir os fins fixados pela Administração. Assim ocorre com a fixação de metas de universalização e de qualidade. Estabelecido o fim a ser alcançado, as empresas são livres para escolher a tecnologia e a fórmula gerencial a ser implementada. Podem, inclusive, contratar terceiros para que, em seu nome, realizem tais atividades.<sup>22</sup> Identifica-se também grande liberdade no regime dos bens atrelados à concessão, aspecto em que também merece especial consideração a opção empresarial que venha a ser feita pela concessionária.<sup>23</sup>

Em relação aos serviços explorados em regime privado a liberdade conferida aos particulares é ainda maior. Não há controle de preços (ou seja, não se adotou o regime tarifário);<sup>24</sup> a regra geral proíbe a imposição de limites ao número de agentes do mercado, o que torna desnecessária a licitação, sendo suficiente que os interessados atendam aos requisitos impostos genericamente na regulamentação;<sup>25</sup> não são impostas metas de universalização, deixando-se que a oferta dos serviços seja regida pelas regras de mercado, ou seja, pelo interesse econômico próprio à iniciativa privada. São aplicáveis, em resumo, a essa categoria de serviços de telecomunicações os princípios gerais da ordem econômica, inclusive aqueles que impõem a observância da li-

22. Cf. art. 94 da Lei Geral de Telecomunicações.

23. Para uma análise minuciosa a respeito do regime dos bens atrelados aos serviços de telefonia fixa, objeto de concessão, v. o nosso artigo “O serviço telefônico fixo e a reversão de bens”, escrito em colaboração com o professor Carlos Ari Sundfeld, integrante da coletânea *Temas de Direito Regulatório* (coord. Sérgio Guerra, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 2004, pp. 134-159).

24. Cf. art. 129 da Lei Geral de Telecomunicações.

25. Vale conferir a redação do art. 136 da Lei Geral de Telecomunicações: “Não haverá limite ao número de autorizações de serviço, salvo em caso de impossibilidade técnica ou, excepcionalmente, quando o excesso de competidores puder comprometer a prestação de uma modalidade de serviço de interesse coletivo”.

vre e justa competição.<sup>26</sup> Nesse ambiente, de ampla liberdade empresarial, são reduzidas as garantias estatais aos investimentos privados que sejam feitos. Ou seja, não há garantia de retorno ao investimento feito nessas atividades. O investimento, como é próprio à atividade empresarial, é feito sob o risco do investidor privado.<sup>27</sup>

*Portos, energia e telecomunicações* são exemplos de serviços públicos que, ao longo da década de 90 do século passado, receberam tratamento legislativo específico a fim de implementar modelos próprios de PPPs. Modelos que – cada um à sua maneira, respeitando as peculiaridades econômicas e sociais das respectivas searas – buscaram implantar uma nova cultura no que diz respeito ao relacionamento do Estado (poder concedente) com as empresas que assumiram a prestação de serviços públicos (cessionárias). Tais setores – além dos outros que já são objeto de tratamento legislativo específico – possuem um modelo de PPP em plena execução. Existem contratos firmados, regulamentação editada, órgãos reguladores constituídos com a função precípua de fiscalizar e normatizar a ação dos agentes privados. Não haverá, nesses setores, grande impacto em decorrência da edição da Lei das PPPs, editada no final do ano de 2004.

Cabe, então, a pergunta: qual o campo propício à aplicação da Lei Brasileira das PPPs em relação aos serviços públicos? Será este o tema do tópico que segue.

### 6. Campo de aplicação da Lei das PPPs

A análise da experiência brasileira revela dois pontos importantes para nortear a aplicação da Lei das PPPs aos serviços públicos. O primeiro deles é o de que a legislação geral de concessões, editada em

26. Esta diretriz foi imposta expressamente na Lei Geral de Telecomunicações: “A exploração de serviço de telecomunicações no regime privado será baseada nos princípios constitucionais da atividade econômica” (art. 126).

27. Referida vertente foi objeto de artigo próprio na Lei Geral de Telecomunicações, que, de modo expresso, afastou do regime jurídico de direito privado garantias típicas das concessões tradicionais, como a garantia de manutenção de equilíbrio econômico-financeiro. Veja-se: “Art. 130. A prestadora de serviço em regime privado não terá direito adquirido à permanência das condições vigentes quando da expedição da autorização ou do início das atividades, devendo observar os novos condicionamentos impostos por lei e pela regulamentação”.

1995, já contempla uma série de conceitos compatíveis com a *filosofia PPP*, cultivada na Europa (em especial na Inglaterra) na década de 90 do século passado. O outro aspecto relevante é a constatação de que existem subsistemas normativos, em relação a diversos serviços públicos (principalmente os de titularidade da União), que possuem regras próprias quanto à transferência de sua prestação a particulares.

Tanto a legislação geral de concessões quanto a “setorial” (específica a cada serviço) podem perfeitamente servir de base à instituição de PPPs. Deveras, a partir dessa legislação diversos serviços públicos de índole econômica já foram objeto de delegação a particulares. Entre estes, alguns adotam claramente a chamada “filosofia PPP” (como é o caso do setor de telecomunicações). Por outro lado, também é certo que outros setores ainda não assumiram a nova cultura contratual (a *filosofia PPP*), estando atrelados a fórmulas mais tradicionais de relacionamento (como em geral se nota no serviço de transporte coletivo municipal). De qualquer modo, num caso ou noutro, havendo um sistema de delegação de serviço público já implementado, restará pouco campo de incidência para a Lei das PPPs. São setores em que as relações jurídicas já foram entabuladas em lei e, concretamente, já são objeto de contratos validamente firmados e que contam, em geral, com longo prazo de duração. A Lei das PPPs, portanto, em nossa avaliação, terá aplicação restrita em matéria de serviço público.

Vejam as situações que, em princípio, ensejariam a utilização da lei.

A Lei das PPPs (Lei 11.079, de 30.12.2004) cria duas novas espécies de contrato de concessão (que tanto podem abarcar obras como serviços públicos): as *concessões patrocinadas* e as *concessões administrativas*.

As *concessões patrocinadas* apresentam como peculiaridade a previsão legal de participação do parceiro público no pagamento do concessionário, juntamente com o usuário, de quem são cobradas as tarifas.<sup>28</sup> As *concessões administrativas* são assim definidas porque o parceiro público (Administração) é quem recebe, direta ou indireta-

28. “Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado” (art. 2º, § 1º, da Lei das PPPs).



mente, o serviço a ser prestado pelo parceiro privado e, nessa condição, assume o ônus relativo ao seu pagamento.<sup>29</sup>

As novas espécies de concessões, introduzidas formalmente no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Lei das PPPs, trazem como ponto comum a previsão de que a Administração responda financeiramente pelo custo do empreendimento a ser delegado a particulares. Ou seja, o particular constrói a obra ou presta o serviço, adquire com isso o direito de explorar economicamente o empreendimento por período determinado, mas sua remuneração não recairá exclusivamente nos usuários do serviço, como tradicionalmente se dá. As concessões definidas como PPPs preveem que o Poder Público assumirá (total ou parcialmente) a obrigação de remunerar o investidor privado (prestador do serviço ou mantenedor da obra pública). É justamente essa peculiaridade que aponta o campo de aplicação propício para esse novo modelo contratual.

As PPPs serão úteis para viabilizar a delegação à iniciativa privada de empreendimentos que, sob prisma técnico ou econômico, não tenham como se viabilizar mediante remuneração provinda exclusivamente de tarifas cobradas de usuários. São casos em que, pela baixa capacidade contributiva dos usuários ou pela insuficiente demanda prevista para determinado serviço, não se tenha como remunerar o investimento necessário à oferta do serviço com base exclusivamente na receita derivada de tarifas. Os novos modelos contratuais permitem que mesmo em situações como essas – em que os empreendimentos não seriam autossustentáveis economicamente – a concessão venha a ser implementada, pois o próprio Poder Público assume o pagamento ao investidor privado.

A legislação impõe como condição à celebração de uma PPP a realização de uma série de estudos técnicos que demonstrem a viabilidade econômica de cada projeto, bem como o atendimento ao interesse público. Além disso, existem rígidas restrições sob o prisma fiscal, que condicionam a celebração de tais contratos à comprovação de disponibilidade orçamentária da Administração.<sup>30</sup> Com essa lem-

29. "Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens" (art. 2º, § 2º, da Lei das PPPs).

30. Mostras dessas exigências estão encartadas no art. 10 da Lei das PPPs, que arrola uma série de providências prévias que devem ser tomadas para abrir uma lici-

brança buscamos ressaltar que não será para todos os serviços públicos que apresentem dificuldade de autofinanciamento que os contratos de PPP servirão. É necessário que, individualmente, sejam demonstrados a viabilidade do projeto e o proveito que se extrai com a adoção do referido modelo de contratação.

Dito isto, vejamos algumas situações que, em tese, poderiam ensejar a implementação de uma PPP.

Poderia ser considerada propícia para figurar como objeto de um contrato de *concessão patrocinada* a delegação de um serviço público de grande importância social que, ao mesmo tempo, demandasse vultoso investimento para sua implementação ou expansão. Em condições normais, para viabilizar uma concessão a particular seria necessário prever-se contratualmente uma tarifa alta, que fosse suficiente

tação que envolva contrato de PPP. Confira-se o texto legal em referência: "Art. 10. A contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade de concorrência, estando a abertura do processo licitatório condicionada a: I – autorização da autoridade competente, fundamentada em estudo técnico que demonstre: a) a conveniência e a oportunidade da contratação, mediante identificação das razões que justifiquem a opção pela forma de parceria público-privada; b) que as despesas criadas ou aumentadas não afetarão as metas de resultados fiscais previstas no anexo referido no § 1º do art. 4º da Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000, devendo seus efeitos financeiros, nos períodos seguintes, ser compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa; e c) quando for o caso, conforme as normas editadas na forma do art. 25 desta Lei, a observância dos limites e condições decorrentes da aplicação dos arts. 29, 30 e 32 da Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000, pelas obrigações contraídas pela Administração Pública relativas ao objeto do contrato; II – elaboração de estimativa do impacto orçamentário-financeiro nos exercícios em que deva vigorar o contrato de parceria público-privada; III – declaração do ordenador da despesa de que as obrigações contraídas pela Administração Pública no decorrer do contrato são compatíveis com a Lei de Diretrizes Orçamentárias e estão previstas na Lei Orçamentária Anual; IV – estimativa do fluxo de recursos públicos suficientes para o cumprimento, durante a vigência do contrato e por exercício financeiro, das obrigações contraídas pela Administração Pública; V – seu objeto estar previsto no Plano Plurianual em vigor no âmbito onde o contrato será celebrado; VI – submissão da minuta de edital e de contrato à consulta pública, mediante publicação na Imprensa Oficial, em jornais de grande circulação e por meio eletrônico, que deverá informar a justificativa para a contratação, a identificação do objeto, o prazo de duração do contrato, seu valor estimado, fixando-se prazo mínimo de 30 (trinta) dias para recebimento de sugestões, cujo termo dar-se-á pelo menos 7 (sete) dias antes da data prevista para a publicação do edital; e VII – licença ambiental prévia ou expedição das diretrizes para o licenciamento ambiental do empreendimento, na forma do regulamento, sempre que o objeto do contrato exigir".



para amortizar, ao longo do prazo de execução do contrato, os investimentos necessários à criação e à manutenção da infraestrutura, bem como para remunerar o capital e o trabalho do investidor privado. O valor a ser cobrado como contraprestação dos usuários, num exemplo como esse, poderia ser muito alto, inibindo o acesso de determinados cidadãos ao serviço ou diminuindo substancialmente a possibilidade de sua fruição. Essa realidade pode muito bem ser encontrada em serviços de saneamento básico ou mesmo no serviço de transporte coletivo. Seriam casos em que a acessibilidade ao serviço só poderia ser implementada com base na utilização de alguma espécie de subsídio.<sup>31</sup>

Referido cenário seria propício à celebração de uma concessão patrocinada, na medida em que o déficit oriundo da insuficiência da receita tarifária seria suprido pelo Poder Público. Isto porque, como foi visto, com a concessão patrocinada, parte da obrigação de remunerar o concessionário é assumida pelo próprio Poder Público, que poderá, inclusive, oferecer garantias especiais de seu adimplemento ao parceiro privado.

Também é possível vislumbrar a outorga de *concessão administrativa* de serviços públicos. Essa espécie pode ser adotada, por exemplo, quando houver dificuldade para estabelecer uma relação individualizada com os destinatários finais dos serviços, o que inviabilizaria a cobrança por meio de tarifa. Seria o caso dos serviços de iluminação

31. Uma forma possível de subsídio é extraída dos próprios usuários: é o denominado "subsídio cruzado". Nesta fórmula um segmento de usuários paga mais pelo serviço que lhe ofertado que o que seria necessário. O objetivo é propiciar, com o excedente de recursos extraído daquele grupo de usuários, o financiamento da oferta de serviço a outro segmento, menos favorecido economicamente, para que este pague um valor menor que aquele que seria necessário. É prática muito frequente em vários serviços públicos, principalmente naqueles em que não há competição (como o são os referidos serviços de transporte coletivo e de saneamento básico). Também é adotado (mesmo em concessões tradicionais) o subsídio diretamente conferido pela Administração Pública. A diferença entre esse subsídio estatal e aquele que se prevê na concessão patrocinada é que neste último o subsídio é previsto contratualmente como obrigação do Poder Público, admitindo, inclusive, o oferecimento de garantia especial de seu adimplemento. No subsídio estatal, que já vem sendo implementado com base na legislação geral, esse fator depende da adoção de uma política pública, que pode a qualquer tempo ser revista pela Administração. A alteração no subsídio, nesses casos, seria apenas um fator a ser considerado numa reavaliação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, sem ensejar, todavia, execução de garantia especial contra o Poder Público.

pública ou de limpeza urbana. Em tais serviços a dificuldade para caracterizar a singular fruição do serviço pelos usuários finais, na prática, acabou se tornando uma barreira à outorga dos serviços mediante concessão. Sem a individualização, que seria pressuposto para a cobrança, o único remédio seria a Administração pagar pelos serviços – e, nesse caso, ter-se-ia afastado, em princípio, o regime de concessão.<sup>32</sup> Com a concessão administrativa esse problema resta superado, uma vez que seria plenamente possível considerar a Administração como beneficiária indireta do serviço a ser delegado, arcando, assim, com a obrigação de remunerar o concessionário.

São esses, em resumo, os campos de aplicação dos contratos de PPP em relação aos serviços públicos. Eles são propícios a atender a uma específica situação: a dos serviços públicos que não são economicamente autossustentáveis. Com as concessões criadas pela Lei das PPPs a Administração ganha respaldo legal para suprir essa deficiência, assumindo total ou parcialmente a obrigação de remunerar o concessionário, podendo ainda, para tanto, oferecer-lhe garantias especiais. Para as demais situações a legislação brasileira já conta com outros diplomas legais que permanecem em vigor e são plenamente aptos para implementar contratos na *filosofia PPP*. Trata-se da Lei Geral de Concessões (Lei 8.987/1995) e das diversas leis esparsas que regulam individualmente categorias de serviços públicos (as leis setoriais).

32. O Município de São Paulo, antes mesmo da edição da Lei das PPPs, buscou com criatividade superar esta barreira em relação aos serviços de limpeza urbana. A concessão desse serviço estaria viabilizada com base na legislação local, que considerou a própria Administração Municipal usuária única de parcela dos serviços (como o de limpeza de ruas e calçadas, por exemplo). Referida solução tem base na Lei 13.478, de 30.12.2002, do Município de São Paulo, que cria o Sistema de Limpeza Urbana do Município de São Paulo e, entre outras disposições, autoriza o Poder Público a delegar a execução dos serviços públicos mediante concessão ou permissão. Como instrumento de viabilização da outorga do serviço a particulares, mediante concessão, a Prefeitura também é arrolada como usuária do Sistema de Limpeza Urbana, na condição de representante da coletividade ou de parte dela (art. 8º, III).